Der Beschlusseid

des § 426 C.-P.-O. bei Einverständnis der Parteien über die Erheblichkeit und die Norm des Eides: Die Fortdauer seiner Wirksamkeit in der Berufungsinstanz und sein Verhältnis zur Beweislast.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doctorwürde

vorgelegt der

hohen juristischen Fakultät zu Erlangen

von

Josef Schwickerath,

Gerichts-Assessor in Düsseldorf.

Düsseldorf.

Gedruckt bei L. Voss & Cie., Königlichen Hofbuchdruckern.

1896.

Der Beschlusseid

des § 426 C.-P.-O. bei Einverständnis der Parteien über die Erheblichkeit und die Norm des Eides: Die Fortdauer seiner Wirksamkeit in der Berufungsinstanz und sein Verhältnis zur Beweislast.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doctorwürde

vorgelegt der

hohen juristischen Fakultät zu Erlangen

von

Josef Schwickerath,

Gerichts-Assessor in Düsseldorf.

Düsseldorf.

Gedruckt bei L. Voss & Cie., Königlichen Hofbuchdruckern.

1896.

Meinen Eltern gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543506_0119

Inhaltsangabe.

Charakter der Berufung als novum iudicium.

Unter den Beschränkungen des novum iudicium § 495: das Fortwirken des „Beschlusseides" für die Berufungsinstanz, wenn er gerechtfertigt erscheint.

Charakter des zugeschobenen Eides;

seine geschichtliche Entwicklung nach römischem, germanischem, kanonischem Recht.

Der zugeschobene Eid der C.-P.-O. ist nicht Vertrag, nicht Dispositionsakt, vielmehr Beweismittel, aber ein „formales". Dementsprechend die eigentümliche Strenge in dem Gebrauch dieses Beweismittels durch die Partei und in der Behandlung desselben durch das Gericht. Diesbezügliche Erleichterung schafft § 415 für die Parteien, § 426 für das Gericht.

Einverständnis über Norm und Erheblichkeit des Eides.

Durch das Einverständnis über die Erheblichkeit und durch die ratio des § 426 wird auch Einverständnis über die Person des Schwörenden bedingt.

Durch das Einverständnis gemäss § 426 wird der Rechtsmittelweg gegen das auf einen Beschlusseid gegründete Urteil nicht ausgeschlossen.

In formeller Hinsicht wird der Mangel der „Beschlussform" — entgegen § 426 — durch Nichtrüge gemäss §§ 267/492 geheilt.

Der Inhalt des Beschlusseides bleibt anfechtbar, soweit nichtdispositive Vorschriften bezüglich desselben ausser Acht gelassen sind: §§ 411, 412.

Die Beweislast ist der Parteivereinbarung entzogen;

sie ist prozessual, daher öffentlich rechtlich;

sie gehört nicht zum dispositiven Civilprozessrecht;

auch die §§ 415, 412 und 426 gestatten keine Parteidisposition darüber;

ebensowenig gestattet es die Verhandlungsmaxime.

Eine Parteivereinbarung über die Beweislast wird fernerhin ausgeschlossen:

Durch den Gang des Prozessverfahrens nach der C.-P.-O.

durch das System der Beweisverbindung;

durch das Prozessleitungsrecht des Gerichts;

durch den Grundsatz der freien Beweiswürdigung.

Eine Beweislastübernahme ist auch widersinnig und widerspricht dem vernünftigen Parteiwillen.

Auch geht es nicht an, den der beweispflichtigen Partei durch Beschluss auferlegten Eid als zurückgeschobenen Eid gelten zu lassen.

Im Prozess wie ausserhalb desselben ist ein Beweislastvertrag ungültig. Anders der „Beweisvertrag".

Der Instanzenzug ist ein Grunderfordernis eines jeden Prozessrechts. Er ist geboten im Interesse einer einheitlich materiellen und prozessualen Rechtspflege, er ist ein Schutz gegen unwissenschaftliche und gewissenlose Behandlung der Prozesse, er ist die Befriedigung des natürlichen Verlangens der im Prozess unterlegenen Partei, dass durch ein übergeordnetes Gericht der Rechtsstreit nach- oder besser gesagt neu geprüft werde. Das von der Prozessordnung hierzu gewährte Mittel ist vor allem die Berufung, welche, wie § 472 C.-P.-O ganz allgemein bestimmt, gegen die in erster Instanz erlassenen Endurteile stattfindet.[1]) Eine Definition derselben giebt uns die C.-P.-O. nicht; dagegen charakterisieren die Motive (S. 39 § 12) dieselbe: „Das Berufungsrecht ist nicht, wie die gemeinrechtliche Befugnis der Appellation, ein Recht auf Kritik des Verfahrens erster Instanz oder auf Nachprüfung und Berichtigung des unterrichtlichen Urteils vom Gesichtspunkte der Frage aus, ob gerecht geurteilt, d. h. das dem Unterrichter vorgelegte Material richtig gewürdigt sei, vielmehr das Recht auf Gewährung eines neuen Judizium, auf Erneuerung und Wiederholung des Rechtsstreits vor einem anderen Richter". Einschränkend aber fahren die Motive fort: „Dass das neue Verfahren mit dem voraufgegangenen Verfahren, insbesondere mit dem in diesem erlassenen Urteil, welches angefochten wird, im nächsten Zusammenhange steht, ist selbstverständlich, und das Fortwirken gewisser in erster Instanz bereits eingetretener Rechtsnachteile nicht ausgeschlossen".

---

[1]) Sie ist ein „Rechtsmittel", worunter die C.-P.-O. diejenigen prozessualischen Rechtsbehelfe versteht, wodurch Entscheidungen, welche die Rechtskraft noch nicht beschritten haben (§ 645), vor einem höheren Richter angefochten werden.

Die hiermit angedeuteten Beschränkungen des „novum iudicium“ bestehen in Folgendem; einmal bilden die erstinstanzlichen Klageanträge sowie der Inhalt des auf Grund dieser Anträge ergangenen Urteils die äusserste Grenze für die Berufungsanträge, sodann gelten die Beweisverhandlungen der ersten Instanz auch in der Berufungsinstanz,[1]) und endlich dauert eine Reihe von Prozesswirkungen aus der ersten Instanz für die Berufungsinstanz fort. Zu letzterem gehört der Auschluss der Rüge von Verfahrensmängeln, § 267/492, das in erster Instanz abgelegte Geständnis (§ 494), sowie § 495:

„Die in erster Instanz erfolgte Annahme der Zurückschiebung eines Eides behält ihre Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz.

Dasselbe gilt von der Leistung, von der Verweigerung der Leistung und von der Erlassung eines Eides, wenn die Entscheidung, durch welche die Leistung des Eides angeordnet ist, von dem Berufungsgericht für gerechtfertigt erachtet wird.“

Die Bestimmung dieses Abs. 2 ist eine Anwendung des im § 473 C.-P.-O. aufgestellten allgemeinen Grundsatzes, dass der Beurteilung des Berufungsgerichts auch diejenigen Entscheidungen unterliegen, welche dem Endurteile vorausgegangen sind, sofern nicht dieselben nach den Vorschriften der C.-P.-O. unanfechtbar oder mit der Beschwerde anfechtbar sind. Sodann aber ist jene Bestimmung auch durch das Wesen der Berufung geboten, wenn anders die Berufung gegen ein auf einen Eid gegründetes Urteil nicht illusorisch sein soll, da die Eidesleistung, -verweigerung und -erlassung nach

---

[1]) Allerdings enthält die C.-P.-O. ausser den Bestimmungen der §§ 493—495 keine ausdrücklichen Vorschriften darüber, inwieweit die Beweisverhandlungen erster Instanz für die Berufungsinstanz fortwirken; aus der Erwähnung der „Beweisverhandlungen“ in § 488 Abs. 1 ergiebt sich aber, dass sie auch für die Berufungsinstanz Geltung haben. Struckmann und Koch zu § 495 Anm. 5 — „der § 467 Abs. 1 (d. i. § 488 Abs. 1 des Gesetzes) lässt erkennen, dass die Beweisverhandlungen der ersten Instanz auch im Berufungsverfahren gelten“ Mot. S. 507; ebenso zu § 587 des Norddeutschen Entwurfs, Protokolle S. 1522.

§§ 428, 429 den vollen Beweis der beschworenen Thatsache bezw. deren Gegenteils zur Folge hat und eine jede Beweiswürdigung auch dem Berufungsrichter abschneidet. Die daher nach § 495 Abs. 2 von dem Berufungsgericht nachzuprüfende „Entscheidung" ist der die Eidesleistung anordnende Beweisbeschluss der I. Instanz. Dass unter diesem Worte „Entscheidung" ein „Beweisbeschluss" verstanden wird, folgt sowohl aus der in der C.-P.-O. gebräuchlichen Terminologie des Wortes „Entscheidung",[1]) als besonders aus dem Umstande, dass die ganze Bestimmung des § 495 Abs. 2 sich regelmässig nur auf Beweisbeschlüsse beziehen kann. Denn wenn durch bedingtes Endurteil auf einen Eid erkannt ist, so kommt es zur Eidesleistung u. s. w. nach § 425 C.-P.-O. überhaupt erst dann, wenn dieses Urteil rechtskräftig geworden ist; wird dann nachher gegen das Läuterungsurteil Berufung eingelegt, so unterliegt die die Eidesleistung anordnende „Entscheidung", weil bereits rechtskräftig, der Beurteilung des Berufungsgerichts überhaupt nicht mehr. Und ebenso ist es, wenn der Eid nach § 426 Abs. 2 durch bedingtes Zwischenurteil auferlegt war.[2])

Es ergiebt sich die Frage: Wann ist der den Eid anordnende Beweisbeschluss gerechtfertigt? Antwort: Dann, wenn er mit den bezüglichen Vorschriften der C.-P.-O. im Einklang steht, Vorschriften, die man in solche über Inhalt und Form des Beschlusseides oder über Zuschiebung und Auflage des Eides überhaupt unterscheiden kann.

Die wichtigste grundlegende Bestimmung der C.-P.-O. über den zugeschobenen Eid ist zunächst diejenige, dass sie denselben endgültig zum Beweismittel gestempelt hat.

Die C.-P.-O. behandelt den zugeschobenen Eid gleichzeitig mit dem vom Richter unmittelbar auferlegten sogenannten „Not-

---

[1]) vgl. § 146 Nr. 5 C.-P.-O. sowie Mot. S. 298 Nr. 3.

[2]) s. Gaupp zu § 495, Seuffert zu 495, von Kries, „Die Rechtsmittel des Civilprozesses und des Strafprozesses nach den Bestimmungen der Deutschen Reichsgesetze" 1880, S. 175. — Ein „Urteil" kann die der Prüfung des Berufsgerichts unterliegende Entscheidung aus § 495 nur in dem Falle sein, wenn entgegen der Vorschrift des § 425 Abs. 2 die Eidesleistung vor Eintritt der Rechtskraft des bedingten Endurteils erfolgt.

eid", beide unter dem Namen „Parteieid" zusammenfassend, in dem X. Titel des II. Buches mit der Überschrift „Beweis durch Eid". Ausserdem befindet sich die Bezeichnung als Beweismittel in den §§ 416 (bzgl. Beweisantretung) 418, 419 („ . . . werden andere Beweismittel") 412 (bzgl. Beweispflicht). Und so auch die Motive zur C.-P.-O. S. 275: „Der heutigen Rechtsanschauung entsprechend fasst der Entwurf den zugeschobenen Eid als Beweismittel auf", zwar fortfahrend: „Diese Auffassung ist indessen nicht mit voller Konsequenz durchgeführt, da es sich aus Zweckmässigkeitsgründen empfahl, bei der Regelung einzelner Bestimmungen dem römisch-rechtlichen Gesichtspunkte von der Vergleichsnatur des Eides Einfluss zu gestatten." Auch Seite 282 sprechen die Motive von der Unzulässigkeit des Widerrufs der Annahme und Zurückschiebung wegen der „Vergleichsnatur" des zugeschobenen Eides, und S. 285 sprechen sie von den, der „Vergleichsnatur" der Eideszuschiebung entsprechenden gesetzlichen Beweisregeln. Zugestanden, dass die Bestimmungen der §§ 417 Abs. 2, 420, 428, 429, 430 mit der regelmässigen Behandlung eines Beweismittels im Widerspruch stehen; diese Eigentümlichkeiten aber zwingen weder, noch berechtigen sie dazu, den zugeschobenen Eid anders, wie als Beweismittel aufzufassen; das ist seiner ganzen Entwicklung zuwider, es ist auch rechtlich und logisch verfehlt und schliesslich überflüssig.

Betrachten wir kurz die geschichtliche Entwicklung. Das römische Recht, welches überhaupt den ganzen Prozess, zum wenigsten das Verfahren „in iure" mit einem Vertrage verglich und „quasi ex contractu" auffasste — schon der Ausdruck „litem contrahere" ist für diese Auffassung bezeichnend — liess es folgerichtig auch zu, die Entscheidung im Prozess statt von der Überzeugung des Richters vergleichsweise davon abhängig zu machen, dass die eine der Parteien einen bestimmten Eid schwöre; nicht nur über Thatsachen, auch über das Recht selbst, — „sibi dare oportere," „rem suam esse" — gestattete der römische Prozess die Eideszuschiebung; und der Rechtseid blieb zulässig, auch, nachdem die förmliche Trennung des Prozesses in ius und iudicium weg-

gefallen war. Nach römischer Auffassung war die Eideszuschiebung ein Vergleichsvorschlag, so l 2 D de iuriur. (12. 2) „ius iurandum speciem transactionis continet"; und die Leistung oder Verweigerung des Eides vertrat die Stelle des iudicium, und es wirkte die exceptio iuris iurandi gleich der exceptio rei in iudicium deductae und rei iudicatae; so l 7. 9 pr.; l 11 pr., D de iure iur. (12. 2).

Eine ähnliche Auffassung finden wir bei den Germanen. Auch hier trat die schwörende Partei als Richter in eigener Sache auf; mit dem Reinigungseid des Beklagten von der Anklage oder von einem Civilanspruch war alle weitere Untersuchung und Thätigkeit des Gerichts abgeschnitten. Anders das kanonische Recht, welches dem zugeschobenen Eide überhaupt nicht günstig war und seiner Natur nach dem Rechtseide widerstrebte.

Trotzdem aber wurde der zugeschobene Eid als „Schiedseid" rezipiert, hat aber dann in seiner Entwicklung diese Eigenschaft immer mehr abgestreift und die Beweismitteleigenschaft hervorgekehrt: dies zeigt zunächst seine Vermischung mit dem richterlichen Eide, sodann die Ausbildung der Gewissensvertretung,[1]) später die Beschränkung auf Thatsachen, noch später die Beschränkung auf eigene Thatsachen und auf einen engen Kreis fremder Thatsachen, sowie schliesslich die Ersetzung des Glaubens- und Ignoranzeides durch den Überzeugungseid. Eine Rückkehr zum ius iurandum in iure delatum, zum römischen Schiedseide wurde in der Kommission zum Norddeutschen Entwurf (s. Protokoll S. 1004) vorgeschlagen, jedoch mit Rücksicht auf den Charakter des Eides als Beweismittel nicht gebilligt. Die Civilprozessordnung endlich hat den zugeschobenen Eid endgültig zum Beweiseid gestempelt; sie hat den Rechtseid ausdrücklich dadurch ausgeschlossen, dass sie den Eid nur über Thatsachen zulässt, und zwar regel-

[1]) Dieselbe gab den ersten Anstoss zu der Beschränkung des Eides auf Thatsachen; denn der Delat konnte sein Gewissen nicht mit Beweis vertreten, wenn er nicht wusste, auf welche Thatsachen der Gegner seine Rechtsbehauptung stützte, nach welcher Richtung hin demnach Beweisantritt nötig war; cfr. Kleinfeller, „geschichtliche Entwicklung des Thatsacheides." 1891.

mässig nur über solche, welche durch den Eid auch wirklich bewiesen werden können, nämlich nur über solche Thatsachen, welche in eignen Handlungen oder Wahrnehmungen bestehen, wo also Nichtwissen gleichbedeutend mit Nichtgeschehen ist.[1]) Damit ist der kanonisch-rechtliche Gedanke zum Siege gelangt, welcher die schwörende Partei mit einem Zeugen verglich,[2]) ein Vergleich, der auch in der modernen Prozesslitteratur häufig wiederkehrt und besonders über Schwierigkeiten bei Formulierung der Eidesnorm hinweghelfen kann.[3]) Nur der Unterschied zwischen Zeugen und schwörender Partei ist zu erwähnen, dass nach § 432 C.-P.-O. der Eid auch dem zugeschoben werden kann, welcher wegen Meineids verurteilt und für dauernd unfähig erklärt ist, als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden: m. E. eine Folgewidrigkeit in der Entwicklung des „Schiedseids".

Zwar wurde in der Kommission zum Norddeutschen Entwurf — s. Protokolle zu § 431 S. 1026 — der Vorschlag gemacht, den wegen Meineids Verurteilten auch bezüglich des zugeschobenen Eides für eidesunfähig zu erklären; dagegen wurde nur geltend gemacht, dass „bereits gegenwärtig in mehreren Rechtsgebieten die Ableistung des zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eides seitens einer früher wegen Meineids verurteilten Person gestattet sei, weil es wesentlich von dem Willen des Gegners abhänge, ob der Ausgang des Rechtsstreits durch den Eid einer solchen Person entschieden werden sollte."[4]) Dieser Wille des Gegners, nämlich des Deferenten, kehrt in den verschiedenen Theorien über das Wesen des zugeschobenen Eides immer wieder und wird zur Konstruktion desselben, sei es als Vertrag, als Vergleich, als Dispositionsakt oder sonstiges prozessualisches Rechtsgeschäft verwandt. Und doch ist dies kein anderer

[1]) s. RG. III Nr. 111 S. 395.

[2]) s. Kleinfeller, a. a. O.

[3]) s. Fitting, C.-P. 1890 S. 451 ff., Gaupp zu § 410, Plank II S, 301.

[4]) ebenso Preuss. Gerichtsordnung § 284. Anders nach Österreichischem Prozessrecht, wonach ein Eidesunfähiger auch zu keinem Parteieid zugelassen wird.

Wille, als der, den eine Partei bei Bezeichnung eines jeden Beweismittels bethätigt, dessen sie sich zum Nachweise oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen bedienen will (§ 255). Man glaubt diesen Willen beim zugeschobenen Eide besonders nötig zu haben, sei es, um damit die Unzuverlässigkeit der subjektiven Beweiskraft des Eidesmittels zu ergänzen, sei es damit die gesetzlichen Beweisregeln der §§ 428, 429 überhaupt zu erklären. M. E. ist dies irrtümlich. Der zugeschobene Eid ist nach unserer Civilprozessordnung Beweismittel, und jede andere Auffassung ist damit unverträglich.

Was zunächst die Vertrags- und Vergleichstheorie anlangt, so kennen auch wir zwar einen Vergleichs- oder Kompromisseid, von welchem die Parteien den Ausgang eines Rechtsstreits abhängig machen können. Aber welch scharfer Gegensatz zum zugeschobenen Eid! Der Vergleichseid, durch welchen die Parteien freiwillig nach den Vorschriften über den Vergleich ihren Rechtsstreit erledigen, ist ein Rechtsgeschäft, welches an die Stelle des vor Gericht gebrachten streitigen Anspruchs einen neuen unbestrittenen, aber durch den Eid bedingten Anspruch setzt; die Thätigkeit des Prozessgerichts ist damit erledigt, ihm steht keine Kognition über den Inhalt des Eidesthemas zu, und es ist weder verpflichtet, noch berechtigt zu seiner Abnahme.[1]) — Ganz anders beim zugeschobenen Eid. Die stets erforderliche Zuschiebung zwingt den Gegner zu der Erklärung, dass er den Eid annehme, zurückschiebe oder verweigere. Angesichts dieser gesetzlichen Erklärungsfrist kann doch bei der Eideszuschiebung von einem freiwilligen Vertragsabschlusse überhaupt nicht die Rede

[1]) Gutachten des Landgerichtsdirektors Hagemann für den XVII. Jur.-Tag S. 197: „Die Abnahme von Vergleichseiden im Prozesse kennt die C.-P.-O. nicht. Es ist zwar nicht zu leugnen, dass trotz dieser Unzulässigkeit der Kompromisseide sie thatsächlich in manchen Landesteilen häufig gewesen sind als Ruhekissen bequemer Instrumenten.“ Ob die Ableistung eines solchen vereinbarten Eides ausserhalb des Prozesses zulässig ist, darüber entscheidet das Landesrecht; es wäre dies Thätigkeit der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche nach § 4 E. G. z. G. V. G. den ordentlichen Gerichten übertragen werden kann. Es bedürfte aber hierzu eines besonderen Aktes der Landesgesetzgebung; — s. Gaupp zu § 415. —

sein. „Der freie Wille müsste durch eine Fiktion ersetzt werden", wie der Abgeordnete Lasker in der Justizkommission des Reichstags ausführte, wo die Vertrags- und Vergleichstheorie der Eideszuschiebung eine lebhafte Bekämpfung erlebte.[1]) Ich gebe zu, dass dieser rechtlich nicht konstruirbare Konsens psychologisch häufig vorhanden sein mag, indem im Volke der Eid vielfach noch als eine Art gerichtlichen Schwurkampfs, eine Art Zweikampfs angesehen werden mag.[2]) Noch häufig hört man eine Prozesspartei verlangen, „der Gegner solle schwören"; was, ist der Partei dabei vielfach gleichgültig. Diese Eidesvereinbarung wird aber von unserer Prozessordnung nicht mehr respektiert; die C.-P.-O. knüpft die Zulässigkeit der Eideszuschiebung an eine Reihe Voraussetzungen; sie stellt ihre Wirksamkeit stets in das Ermessen des Gerichts und ordnet die Eidesleistung von Richteramtswegen, nicht auf den blossen Parteiantrag hin, an. Und selbst nach der durch Beschluss angeordneten Eidesleistung hat der Richter das Recht, die Erheblichkeit der als wahr oder unwahr anzusehenden Thatsache nochmals zu prüfen und eventuell dieselben bei der Entscheidung unberücksichtigt zu lassen.

Andere Prozessualisten konstruieren den zugeschobenen Eid als einseitiges prozessualisches Rechtsgeschäft, als Dispositionsakt, und stellen ihn als Gegenstück zum dispositiven Geständnis hin. vgl. z. B. Wach, „Vorträge" S. 164, Wendt, Beweis und Beweismittel. Archiv für civ. Praxis. Bd. 63, S. 273, von Canstein, Gutachten über die Frage: Ist die Eideszuschiebung im Civilprozess durch die Vernehmung der Parteien als Zeugen zu ersetzen? — Verhandlungen des XXII. deutschen Juristentags, S. 21 [3]) Gegen diese Dispositionstheorie wendet sich Kleinfeller a. a. O. S. 92 mit folgender Ausführung: „Die Eideszuschiebung ferner ist gegenwärtig kein Dispositionsmittel mehr. Ein solches konnte sie nur so lange sein, als Ansprüche und Rechtsverhältnisse durch Parteieneid festzustellen waren, und es auf die objektive Wahrheit der eidlichen Er-

[1]) s. Protokolle d. J.-K. d. D. R. T. S. 690 ff.

[2]) s. Schneider, Über richterliche Ermittlung und Feststellung des Sachverhalts im Civilprozess 1888 — S. 80.

[3]) „Die Eideszuschiebung ist das Gegenstück zum dispositiven Geständnis."

klärung nicht ankam. Heute ist Gegenbeweis, Restitutionsklage und Strafe wegen falschen Eides zulässig. Deshalb kann die Zuschiebung nicht als eine Erklärung des Inhalts aufgefasst werden, der Zuschiebende wolle kraft seiner Dispositionsgewalt die streitige Thatsache als wahr gelten lassen, wenn der Gegner sie beschwöre. Die Eideszuschiebung ist nicht ein unbedingtes Geständnis. Die Disposition enthält einen Willensakt; der Zuschiebende, welcher so über die Feststellung disponieren wollte, würde eventuell die Leistung eines Meineides herbeiführen wollen, er würde sich also der Anstiftung zum Meineide mit dolus eventualis schuldig machen. Diese Möglichkeit will in der Prozessordnung nicht gewährt werden".

Dies scheint im allgemeinen zutreffend. Ich möchte aber das Hauptgewicht darauf legen, dass der Gesetzgeber selbst den Streit über das Wesen des zugeschobenen Eides seiner Entwicklung entsprechend dahin entschieden hat, dass er Beweismittel sein soll; und hiermit verträgt sich ein zweiter Charakter nicht mehr. Früher ein Mittel zur Entscheidung des Rechtsstreits, ein Ersatzmittel des Urteils, ist der zugeschobene Eid jetzt nur noch ein Mittel zur Feststellung der Urteilsgrundlage, ein Werkzeug zur Darlegung der Beweisgründe, d. i. ein Beweismittel. Diesen Charakter kann die allerdings zuzugestehende Unzuverlässigkeit der subjektiven Beweiskraft des Eidesbeweismittels nicht ändern. Ein jedes Beweismittel gilt aus eigner Kraft, wider das Wollen der Partei, und kein Parteienvergleich kann einem Beweismittel die fehlende Kraft zum Beweise verleihen.[1]) Das ist logisch. Die Quelle der Beweiskraft des Eides ist nicht der Wille der Partei in irgend einer Form, sondern der Wille des Gesetzgebers. Dies ist die einzige Quelle, und es erscheint mir nicht nur überflüssig, sondern sogar gefährlich, noch nach einem andern Grunde für die Beweiskraft zu suchen, weil dies geeignet ist, die Auffassung des Eides als Beweismittels zu verdunkeln und zu falschen Konsequenzen zu führen.[2])

[1]) s. Schuppe S. 238 ff.

[2]) So sieht z. B. Hellmann, Civilprozess, 1886 S. 570 den Verzichtswillen des Gegners, Wetzell, System S. 285 den konkurrierenden Willen des selben als Grundlage der Beweiskraft des Eides an, welche ähnlich Plank

Um nicht bei Abschluss eines jeden Rechtsgeschäfts die Parteien zur Zuziehung von Zeugen oder Aufnahme von Urkunden zu nötigen, um das materielle Recht zu schützen auch gegen den Verlust der vorhanden gewesenen Beweismittel, oder, sofern es sich auf rein innere Thatsachen stützt: um in solchen Fällen den notwendigen festen prozessualen Boden zu gewinnen, hat das Prozessgericht für die Unbestreitbarkeit einer Parteibehauptung als ultimum remedium, als *τελευταία τοῦ πράγματος καταφυγή* (Nov. 71 C. 4) die Erfüllung einer formellen Voraussetzung aufgestellt, indem der Gesetzgeber dabei wohl von der berechtigten Ansicht ausgegangen sein mag, dass der Schwörende unter dem Eide, unter Anrufung Gottes, die Wahrheit sage. Daraus, dass diese formelle Voraussetzung stets dieselbe ist, erklärt sich auch der Ausschluss der richterlichen Beweiswürdigung beim Eide; darum aber bleibt er doch ein Beweismittel, allerdings ein formales, oder wie es der Abgeordnete Reichensperger in der Justizkommission des Reichstags passend genannt hat, ein „kategorisches". Dass die Beweisregeln aus §§ 428, 429 die Natur des Eides als Beweismittels nicht ausschliessen, dafür sei zum Vergleiche noch angeführt, dass im gemeinen Prozess die übereinstimmende Aussage zweier einwandsfreier, klassischer Zeugen auch vollen Beweis erbrachte und die Beweiswürdigung ausschloss; deshalb blieben aber die beiden Zeugen doch Beweismittel!

Seiner Unbiegsamkeit bezüglich der Beweiswürdigung und seinem subsidiären Charakter entspricht eine gewisse Strenge des Eidesbeweismittels in seinem Gebrauch durch die Parteien und in der Aufnahme des Eidesbeweises durch das Gericht.

Erleichterungen hierin zu schaffen, ist der Zweck der §§ 415 und 426 C.-P.-O. Der § 415 gestattet eine Ausnahme der drei Regeln: 1. dass der Eid nur über Thatsachen zulässig ist, welche in Handlungen des Gegners, seiner Rechtsvorgänger oder Vertreter bestehen, oder Gegenstand der Wahrnehmung dieser Personen gewesen sind, § 410; 2. dass die Zurückschiebung nur insofern zulässig sei, als die Zu-

a. a. O. S. 229 in der dem Verhandlungsprinzip entsprechenden Berücksichtigung und Anerkennung des Parteiwillens finden will.

schiebung zulässig sein würde, § 413, und 3. dass der Eid nur der Partei, nicht einem Dritten zu- oder zurückgeschoben werden kann, § 414. § 415 bestimmt: „Das Gericht kann anordnen, dass die in den §§ 410, 413, 414 enthaltenen Beschränkungen für die Zuschiebung und Zurückschiebung des Eides nicht zur Anwendung kommen sollen, wenn die Parteien in betreff des zu leistenden Eides einig sind, und der Eid sich auf Thatsachen bezieht." Dieser Paragraph sieht also eine Einigung der Parteien bezüglich des zugeschobenen Eides vor, aber einmal nur bezüglich der §§ 410, 413 und 414, und dann unter der notwendigen Voraussetzung, dass der Eid sich auf Thatsachen bezieht. Aber nicht nur, dass die Einigung in dieser Ausdehnung beschränkt ist, ihre Wirksamkeit im Prozess ist auch abhängig gemacht von dem Ermessen des Gerichts — „das Gericht kann anordnen" —. Diese Fassung ist laut der Protokolle der J.-K d. D. R. T. nach lebhaftem Streit beschlossen. Der ursprünglich von dem Abgeordneten Bähr beantragte § 415 band das Gericht an die Vereinbarung der Parteien; hiergegen wurde mit Erfolg geltend gemacht, dass dies dem bei dem Eide in Frage kommenden öffentlich rechtlichen Interesse widersprechen und ferner dadurch alles auf die Willkür der Parteien gestellt werde, wodurch ein fundamentales Prinzip des Prozesses erschüttert werde (S. 688, 689 der Protokolle). M. E. führt Kleinfeller a. a. O. S. 308 diesbezüglich richtig aus: „... auch das „kann" in § 415 weist darauf hin, dass die Ausdehnung nur Platz greifen soll, wenn Fälle vorkommen, in welchen der Parteieneid für den Richter den nämlichen Wert wie in § 410 hat, d. h wenn der Eid über Thatsachen zugeschoben wird, welche für die schwörende Partei in den Bereich der Wissensmöglichkeit fallen". Ohnehin aber kann von einem „vereinbarten Eide" des § 415 auch schon um deswillen keine Rede sein, weil die Frage, ob es überhaupt noch eines zugeschobenen Eides zur Entscheidung bedarf, sowie die in jenem § nicht erwähnten Voraussetzungen der Eideszuschiebung gar nicht von jener Einigung getroffen werden können.

Ist es Zweck des § 415, die Parteien im Gebrauch des Eidesbeweismittels freier zu stellen, so will § 426 dem

Gericht die Möglichkeit geben, statt der als Regel durch § 425 vorgeschriebenen umständlichen Prozedur des bedingten Endurteils die sofortige Abnahme des Eides anzuordnen. Voraussetzung hierzu ist Einverständnis der Parteien über die Erheblichkeit und die Norm des Eides. Die beiden anderen Fälle des § 426 bei Entscheidung über einen Zwischenstreit oder ein selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel bleiben in vorliegender Abhandlung unberücksichtigt.

Was ist unter Erheblichkeit und Norm des Eides i. S. des § 426 zu verstehen? Unter „Norm" des Eides, um hiermit zu beginnen, versteht die C.-P.-O. den zu beschwörenden Satz, den formulierten Inhalt der Behauptung des Schwörenden.[1]) Somit ist unter Einverständnis über die Norm auch das Einverständnis über die Form, ob Wahrheits- oder Überzeugungsform, einbegriffen; nicht nur fasst die C.-P.-O. beides, Eidessatz und Eidesform, in den einen Begriff Eidesnorm zusammen; der Inhalt der Eidesnorm ist auch ein wesentlich anderer, wenn die Wahrheits-, als wenn die Überzeugungsform beschworen wird. Nicht notwendig bedingt dagegen m. E. Einverständnis über die Norm auch Einverständnis über die Person, wer schwören soll. Es richtet sich das nach der Einlassung des Gegners. Besteht diese in der blossen Negation, so ist der Eidessatz derselbe, ob ihn nun der Behauptende positiv, oder der Bestreitende negativ schwört, ebenso wie im Falle der Zurückschiebung des Eides der Eidessatz doch derselbe bleibt. Genügt dagegen das einfache Leugnen nicht, bedarf dies vielmehr der Substanziierung, so ändert sich hiernach auch das Eidesthema des Bestreitenden, und das Einverständnis über die Eidesnorm bedingt Einverständnis über die Person des Schwörenden.[2]) Handelt es sich z. B. im Prozess um einen Hutkauf, und der Verkäufer behauptet, der Käufer habe den Hut aufgesetzt und mitgenommen, während

[1]) vgl. §§ 444, 445 und 431, in welch letzterem Paragraphen irrtümlich statt Eidesnorm der Ausdruck Eidesform gebraucht ist; der diesen Satz enthaltende Antrag Bähr in der R. T. K. gebraucht das Wort Eidesnorm (S. 179 der Protokolle).

[2]) a. M. anscheinend Stölzel, Schulung für civilistische Praxis, S. 100, sowie Hoffmann in Gruchot Bd. 27, S. 181.

dieser behauptet, er habe ihn nicht aufgesetzt, so würde diese Thatsache, unter Eid verstellt, dieselbe Eidesnorm ergeben, nur entweder positiv oder negativ. Handelt es sich dagegen um den Preis, so kann der Käufer sich nicht darauf beschränken, zu leugnen, dass 15 Mark vereinbart seien; er muss substantiieren, wieviel, oder ob überhaupt nichts darüber vereinbart sei. Dementsprechend würde sich dann auch die Eidesnorm ändern.

Das Einverständnis über die Person ist aber stets einbegriffen in dem Einverständnis über die Erheblichkeit, und wird ferner durch die der ganzen Bestimmung zu Grunde liegende Absicht des Gesetzgebers erfordert.

Im Prozess ist eine Thatsache „erheblich", wenn ihre prozessuale Feststellung auf die verlangte gerichtliche Entscheidung des Rechtsstreits von Einfluss ist, sei es unmittelbar oder mittelbar. Ist sodann diese Thatsache von der beweispflichtigen Partei behauptet oder von der Gegenseite bestritten, und wird für sie nur der Beweis durch Eid angetreten, eventuell nachdem die Antretung des Beweises durch die anderen Beweismittel erfolglos geblieben ist, — dies gemäss § 418 C.-P.-O. — so ist dieser Eid auch prozessual (im Gegensatz zu seinem Inhalt) erheblich.

Klagt Jemand aus einem Vertrage, und der Gegner behauptet, der Vertrag sei suspensiv bedingt, so ist diese Thatsache der Bedingung für die Entscheidung des Prozesses insofern erheblich, als der Beweis ihres Bestehens die Abweisung, der Beweis ihres Nichtbestehens die Zusprechung der Klage zur Folge hat. Der hierüber zugeschobene Eid ist also rechtserheblich. Um sodann auch prozesserheblich zu sein, dürfen andere Beweismittel nicht angeführt, und muss die Eideszuschiebung gemäss § 416 C.-P.-O. von der beweispflichtigen Partei ausgegangen sein. Hat nur die nicht beweispflichtige Partei den Eid zugeschoben, so ist dieser Eid prozessual unerheblich, da nach § 412 eine nicht beweispflichtige Partei durch Eideszuschiebung die Beweispflicht nicht übernimmt.[1])

[1]) Dass die Erheblichkeit eines zugeschobenen Eides bedingt ist durch die Zuschiebung seitens der beweispflichtigen Partei, finden wir z. B. auch

Einverständnis über die Person des Schwörenden verlangt aber auch der dem § 426 zu Grunde liegende gesetzgeberische Gedanke. Der Paragraph bezweckt lediglich, eine raschere, weniger umständliche Beendigung des Prozesses, als sie die Regel des § 425 zulässt, dann zu ermöglichen, wenn volle Klarheit sowohl hinsichtlich des Streitpunktes herrscht, als auch darüber, dass der Beweis nur durch Eid hergestellt werden soll.[1]) Das Gesetz will überflüssige Eide vermeiden; deshalb die Subsidiarität in der Anwendung des Eides seitens der Parteien, deshalb die Eidesleistung als Regel erst dann, wenn das sie anordnende Erkenntnis rechtskräftig, die Eidesleistung selbst nicht mehr anfechtbar ist, und deshalb für die Ausnahme des § 426 das verlangte Einverständnis der Parteien, wodurch nutzlose, widersprechende Eide zwar unwahrscheinlich, aber leider nicht unmöglich gemacht werden. § 495 Abs. 2 lässt den Rechtsmittelweg auch im Falle der Eidesanordnung durch Beweisbeschluss offen, und schon hieraus ersieht man, dass das durch den Beweisbeschluss bedingte Einverständnis eine spätere Anfechtung des Eides nicht gänzlich ausschliesst. Zur besseren Anschauung ein Beispiel: Beklagter hatte in erster Instanz geltend gemacht, der der Klage zu Grunde liegende Vertrag sei suspensiv bedingt. Hierüber haben die Parteien sich gegenseitig den Eid zugeschoben und angenommen. Das

---

in folgendem Satze eines reichsgerichtlichen Urteils (24. Mai 1882 Entsch. 7. 47 No. 16): „. . . folglich ist der Kläger für seine Behauptung beweispflichtig, und der von ihm zum Beweise derselben dem Beklagten zugeschobene und von diesem angenommene Eid erheblich".

[1]) Ein Antrag, nach welchem die Eidesleistung stets durch Beweisbeschluss angeordnet werden sollte, wurde in der R. T. K. abgelehnt, ebenso ein Antrag, nach welchem das Gericht berechtigt sein sollte, durch Beweisbeschluss auf den Eid zu erkennen, wenn es die Überzeugung gewinne, dass der Widerspruch einer Partei gegen die Erheblichkeit und gegen die Norm des Eides in der Absicht, den Prozess zu verschleppen, vorgebracht sei. (Prot. S. 173—176.) „Aus Rücksicht auf die Behandlung des Eides als eines subsidiären Beweismittels und auf die im Interesse der Heilighaltung des Eides gebotene Vermeidung nutzloser widersprechender Eide" ist die Regel der Eidesanordnung durch bedingtes Endurteil aufgestellt. Mot. S. 283.

Gericht erster Instanz, von der Ansicht ausgehend, den Beklagten treffe die Beweislast, dass der Vertrag bedingt abgeschlossen, verkündet Beweisbeschluss dahin, Kläger solle schwören, dass die vom Beklagten behauptete Bedingung dem der Klage zu Grunde liegenden Vertrage nicht zugefügt sei. Kläger leistet den Eid, und es erfolgt klagegemäss Verurteilung. Beklagter legt die Berufung ein, indem er einmal die Eidesanordnung durch Beweisbeschluss statt durch bedingtes Endurteil rügt und zweitens ausführt, die Beweislast sei falsch verteilt, der Eid gebühre ihm, statt dem Kläger. Ich nehme an, dass das Gericht zweiter Instanz die Verteilung der Beweislast in der ersten Instanz für unrichtig hält.[1])

Die erste Frage für den Berufungsrichter wird die sein, ob die Anordnung der Eidesleistung durch Beweisbeschluss gerechtfertigt war? Erforderlich dazu ist Einverständnis der Parteien über Norm und Erheblichkeit des Eides. „Sind die Parteien über die Erheblichkeit und Norm des Eides einverstanden, . . . so kann die Leistung des Eides durch Beweisbeschluss angeordnet werden", d. h. die „Anordnung" des Eides durch Beweisbeschluss ist nur dann gestattet, wenn die Parteien, wie verlangt, einverstanden sind. Letzteres muss also, streng genommen, der „Anordnung" vorausgehen. Ohne Zweifel ist es auch korrekt, zunächst in der mündlichen Verhandlung das Einverständnis der Parteien festzustellen und im Protokoll zu erwähnen, wenn dies auch nicht ausdrücklich durch die C.-P.-O. vorgeschrieben ist[2]) Aber da der Beweisbeschluss eine den Gang des Verfahrens, insbesondere die Form der Beweisaufnahme regelnde Prozesshandlung ist, so stehen die ihn betreffenden Vorschriften unter § 267 C.-P.-O. Einen Mangel des in § 426 geforderten Einverständnisses muss eine Partei deshalb rechtzeitig rügen, widrigenfalls die dadurch begründete Verletzung des Ver-

[1]) So noch die herrschende Meinung, welche den Kläger für beweispflichtig hält dafür, dass der Vertrag unbedingt abgeschlossen sei. Näher auf diese augenblicklich gerade wieder sehr erörterte Frage einzugehen, ist hier nicht der Ort.

[2]) Im Urteilsthatbestande halte ich eine bezügliche Erwähnung für notwendig.

fahrens geheilt und gemäss § 492 auch für die Berufungsinstanz der Rüge entzogen wird Das ist feststehende Praxis. Zum Belege ein Urteil des Reichsgerichts vom 14. November 1893 II Civ.-Sen. (Jurist. Wochenschrift 1894 S. 13 Nr. 23):

„Soweit es sich um die Frage handelt, ob nicht statt des Beweisbeschlusses ein bedingtes Endurteil hätte erlassen werden sollen, hat das O.-L.-G mit Recht angenommen, der etwa vorliegende Mangel sei unter allen Umständen nach § 267 Abs. 1 C.-P.-O. als geheilt anzusehen, weil der Beklagte diesen ihm bekannten Mangel nicht rechtzeitig gerügt habe Dass die Vorschrift des § 425 C.-P.-O., nach welcher — abgesehen von den im § 426 erwähnten Fällen — auf die Leistung eines Eides durch bedingtes Endurteil zu erkennen ist, nicht zu den Bestimmungen gehört, auf deren Befolgung die Parteien in wirksamer Weise nicht verzichten können, hat das Reichsgericht schon oft ausgesprochen."

Gleichlautend hat das Reichsgericht erkannt am 30. November 1880 — Jurist. Wochenschrift 1881, am 12. Mai 1886 — Gruchot Btg. 30 S. 1130 — am 24. Januar 1888 — Juristische Wochenschrift 1888 S. 97 — am 13. Oktober 1891 — Seuff. Arch. 47 Nr. 165 —; ebenso das O.-L.-G. Köln am 25. Februar 1891 — Rhein. Arch 83 S. 18.[1]) Diese Praxis ist in der Litteratur allerdings vereinzelt angegriffen worden. Fitting — in Busch Zeitschrift XI S. 7 ff — verlangt stets einen „wirklichen Verzicht nach den klaren und ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen" unter Bezugnahme auf die §§ 425, 410, 413, 414, 356, 375 C.-P.-O. Es ist oben schon zugegeben, dass allerdings der Wortlaut jener Paragraphen zu der Ansicht, ein stillschweigender Verzicht genüge, nicht berechtigt. Hier aber greift der § 267 ein. Seine ratio – einen geregelten Gang des Verfahrens zu sichern, sowie die Parteien zur möglichst baldigen Rüge einer Verletzung von Prozessvorschriften anzuhalten und dadurch die Zahl der formellen Revisionsbeschwerden zu

[1]) Übereinstimmend die Kommentare ausser Gaupp.

vermindern[1]) — und seine Entstehungsgeschichte sprechen für die in der Praxis vertretene Meinung In letzterer Beziehung heisst es in den Motiven zu dem, dem § 267 zu Grunde liegenden § 292 des Preuss. Entwurfs, dass unter Prozesshandlungen auch solche Handlungen, welche von dem Gericht im Laufe des Verfahrens vorgenommen werden, ohne Akte der Rechtssprechung zu sein z. B. „Beweiserhebungen" zu verstehen seien. Um eine solche Beweiserhebung handelt es sich auch beim Eidesbeweisbeschluss des § 426, und deshalb wird durch Nichtrüge die durch den Mangel des Einverständnisses begründete Verletzung des § 425 geheilt.

Gaupp, welcher zu § 267 Note 5 ebenfalls obige Praxis angreift, findet sich ausführlich widerlegt in der oben angeführten Entscheidung des O.-L.-G Köln — Rh. Arch. 83 S. 18 ff. — wo auch die zutreffende Ausführung Seufferts zu § 425 wiedergegeben wird, dass, wenn die Vereinbarung der Parteien die Nichtanwendung der Regel des § 425 rechtfertige, kein Grund abzusehen sei, weshalb die Nichtbefolgung dieser Vorschriften nicht auch mangels einer Parteirüge heilbar sein sollte Wenn Gaupp sagt „ . . auch handelt es sich bei diesen beiden Paragraphen — §§ 426 Abs. 1 und 439 Abs. 3 — um eines der wichtigsten Prozessprinzipien, das Recht des Berufungsrichters zur Nachprüfung der Thatsache, welches nicht wohl durch Willkürakte des Unterrichters unter Benutzung der §§ 428, 429 und der Rechtsunkenntnis einer Partei beseitigt werden kann", so ist zu erwidern, dass das die Civilprozessordnung selbst sorglich durch § 495 Abs. 2 verhütet hat. Wie unten auszuführen ist, verschliesst die Nichtrüge den Rechtsmittelweg nur wegen formeller, dem Parteiverzicht unterliegender Mängel; die rechtzeitige Rüge ist nicht, wie anscheinend Gaupp und auch das O.-L.-G. Köln in seiner Entscheidung annimmt,[2]) stets die Voraussetzung zur Anfechtung des Beschlusseides aus § 495 Abs. 2.

Aus dem Ausgeführten ergiebt sich der Satz:

Der Beweisbeschluss aus § 426 ist i. S des § 495 Abs. 2 in formeller Beziehung d. h. die Beschluss-

[1]) s. Struckmann & Koch zu § 267.

[2]) anscheinend auch Stölzel S. 303 a. a. O.

form betreffend gerechtfertigt, wenn ein Widerspruch gegen denselben unterbleibt und eine Eidesleistung oder eine Eidesverweigerung seitens des Schwurpflichtigen in der Instanz erfolgt. Es macht in formeller Hinsicht keinen Unterschied, ob die Parteien ihr Einverständnis über Erheblichkeit und Norm des Eides ausdrücklich erklärt haben oder nicht.[1])

Aber nur die durch die Beschlussform begangene Gesetzesverletzung wird durch Nichtrüge geheilt; soweit dagegen der Inhalt in Frage kommt, ist jener Beweisbeschluss der Rügepflicht des § 267 entzogen, und insoweit ist besonders durch das Berufungsgericht zu prüfen, ob er im Sinne des § 495 Abs. 2 gerechtfertigt ist Denn die §§ 267/492 sprechen lediglich „von einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozesshandlung betreffenden Vorschrift." Welche Vorschriften im Einzelnen hierunter fallen, das festzustellen, sagen die Motive (S. 215) müsse der Wissenschaft überlassen bleiben. Aus dem Wortlaut und der oben erwähnten ratio des § 267 ergiebt sich aber als selbstverständlich, dass es sich dabei nicht um die Verletzung einer jeden Prozessvorschrift, sondern nur um reine Verfahrensmängel, und soweit es sich um gerichtliche Akten handelt, nur um die äussere prozessuale Behandlung, die Form, nicht deren Inhalt handeln kann. Als prozessleitende Verfügung fällt hierunter, wie wir sehen, auch der Beweisbeschluss; soweit dieser aber mehr als prozessleitend ist, soweit es sich in ihm nicht um die prozessuale, sondern um die sachliche Behandlung und Entscheidung des Prozessstoffs seitens des Gerichts handelt, soweit fällt es auch nicht unter §§ 267/492.

Ein solcher Beweisbeschluss ist der des § 426; indem er durch Bestimmung des Schwurpflichtigen die Frage entscheidet, wer von den Parteien die Beweislast trägt, ist er ein Akt der Rechtsprechung, „ein anticipierter Bestandtheil des Endurteils", und soweit ist er nicht prozessleitend,

[1]) s. Stölzel S. 303 a. a. O.

sondern prozessentscheidend, und insoweit der Rügepflicht entzogen. So auch die in der Litteratur vielbesprochene Entscheidung des Reichsgerichts vom 30. November 1880 (Jur. Wochenschrift 1881 S. 62 f.): es hatte Beklagter einen in erster Instanz zugeschobenen, durch Beschluss angeordneten Eid verweigert; mittels Berufung rügte der Beklagte, dass der Eid nicht durch bedingtes Endurteil auferlegt sei; er wolle den in erster Instanz verweigerten Eid nunmehr leisten. Die Berufung wurde verworfen und die Revision zurückgewiesen. Das Reichsgericht sagt in den Gründen, dass § 267 auch auf Beweisbeschlüsse Anwendung finde: „Handelt es sich um Anfechtung ihres Inhalts, so kann allerdings § 267 keine Anwendung finden, sind dagegen bei ihrem Erlasse sonstige Vorschriften des Verfahrens verletzt, so müssen dieselben bei Vermeidung der in § 267 angedrohten Nachteile von der Partei rechtzeitig gerügt werden" Hier handelt es sich nur um Anfechtung des Beweisbeschlusses in formeller Beziehung, und in dieser Hinsicht heilt die Unterlassung der Rüge. Die Wahl der Beschlussform statt der Form des bedingten Endurteils könnte aber materiellen Parteirechten nur dann präjudizieren, wenn diese sich herleiten aus dispositiven und verzichtbaren Prozessvorschriften und deshalb in der Unterlassung des Widerspruchs gegen deren Nichtbeobachtung im Eidesbeschluss ein stillschweigender Verzicht, eine stillschweigende Parteidisposition erblickt werden könnte. Nur insofern kann man auch von einer Rügepflicht des Inhalts sprechen, die sich aber von der des § 267 wesentlich unterscheidet. Gemäss § 415 können durch das Gericht die in den §§ 410, 413, 414 enthaltenen Beschränkungen der Eideszuschiebung ausser Anwendung gesetzt werden, wenn die Parteien in betreff des zu leistenden Thatsacheneides einig sind, d. h. mit anderen Worten, dass die Parteien auf die Beobachtung der §§ 410, 413, 414, soweit es § 415 gestattet, verzichten können. Es ist allgemeine Meinung, dass dieser Verzicht ein ausdrücklicher nicht zu sein braucht, wenn er auch in der blossen Annahme oder Rückschiebung, worin im Zweifel nur die Erfüllung der Erklärungspflicht liegt, nicht gefunden werden

kann. Darin aber, dass die Parteien gegen einen Beschlusseid, welcher gemäss § 415 die Beschränkungen der §§ 410, 413, 414 nicht beobachtet, nicht protestieren, wird ein rechtsbeständiger Verzicht auf Beobachtung der §§ 410, 413, 414 erblickt werden müssen.[1]) Das ist nicht Folge der Rügepflicht aus § 267, vielmehr nur die Anwendung des allgemein gültigen Rechtsgrundsatzes: qui tacet, cum loqui potuit ac debuit, consentire videtur, auf dispositives Prozessrecht. Soweit aber nichtdispositive Prozessvorschriften in Frage kommen, insoweit es sich insbesondere um die absoluten Voraussetzungen des Beschlusseides handelt, kann natürlicher Weise, analog dem § 267 Abs. 2, von einem wirksamen Parteiverzicht nicht die Rede sein, und diesbezüglich wird die richterliche Prüfung durch das Einverständnis der Parteien nicht entbehrlich.[2])

Zwei absolute Voraussetzungen stellt die Civilprozessordnung für die Eideszuschiebung auf. Klar und unzweideutig bestimmt sie in § 411: Die Eideszuschiebung über eine Thatsache, deren Gegenteil das Gericht für erwiesen erachtet, ist unzulässig. Weniger klar ist die zweite absolute Voraussetzung in § 412 enthalten, welcher lautet: Eine nicht beweispflichtige Partei übernimmt durch Eideszuschiebung nicht die Beweispflicht. Nach § 416 erfolgt die Beweisantretung dadurch, dass dem Gegner der Eid zugeschoben wird; der Eid gebührt der nicht beweispflichtigen Partei. Deshalb ist der Beweisbeschluss, welcher die Eidesleistung des beweispflichtigen Teils anordnet, ungerechtfertigt. Einversändnis der Parteien zu diesem Beweisbeschluss kann daran nichts ändern, da es sich nicht um eine dispositive, sondern eine absolute Voraussetzung handelt. Dieser Satz, welcher verallgemeinert lautet: Die Regelung der Beweislast unterliegt der Parteidisposition nicht, bedarf der Rechtfertigung. Ich folgere ihn zunächst aus dem Wesen der Beweislast.

[1]) s. Planck II S 308. R.-G.-Urt. vom 9. Dezember 1882. Entsch. X S. 323. Struck u. Koch zu §§ 415 u. 426. A. M. von Sarvey zu § 426.

[2]) s. von Kries a. a. O. S. 180. R.-G.-Urt. vom 23. November 1892. Rhein. Arch. 84 S. 102.

Die einzige Stelle, wo die C.-P.-O. wörtlich von der Beweislast spricht, ist jener § 412. Trotzdem ist „sedes materiae“ für die Beweislast das Prozessrecht, wenn auch die Motive zur C.-P.-O. S. 201 die Regeln über die Beweislast in das materielle Recht verweisen. Die ganze Lehre von der Beweislast stützt sich auf die beiden Prozessgrundsätze: ne procedat index ex officio und quod non in actis, non est in mundo. Treffend nennt Reinhold (a. a O S. 129) diese beiden Sätze den Schlüssel zum Verständnis der Beweislast.

Im Civilprozess verlangt ein Kläger eine Entscheidung des Gerichts. Diese Entscheidung kann das Gericht nur geben, wenn es das klägerische Verlangen als gerechtfertigt erkennt. Hierzu ist erforderlich, dass dem Gericht das thatsächliche Material zugänglich gemacht wird, eine Aufgabe, die der Civilprozess im Gegensatz zum Strafprozess dem Kläger selbst überlässt. Die von dem Kläger vorgebrachten Thatbestandsmerkmale hat das Gericht sodann von einem doppelten Gesichtspunkt aus zu prüfen; erstens hat es zu prüfen, ob die Voraussetzungen vorliegen, unter denen es jene Thatbestandsmerkmale als objektiv vorhanden annehmen darf. Hierüber giebt das Prozessrecht Antwort; und zweitens hat es zu prüfen, ob diese objektiv vorhandenen Thatbestandsmerkmale die von dem Kläger gewünschte Rechtswirkung haben. Dies beantwortet das Civilrecht. In jener Hinsicht bestimmt die Civilprozessordnung, dass ein Anerkenntnis des Klageanspruchs den Richter einer Prüfung überhebt, und der Antrag ohne Weiteres als begründet gilt (§ 278); ferner bestimmt sie, dass die von einer Partei behaupteten Thatsachen insofern keines Beweises bedürfen, als sie im Laufe des Rechtsstreits von dem Gegner bei einer mündlichen Verhandlung oder zum Protokolle eines beauftragten oder ersuchten Richters zugestanden oder bei dem Gerichte offenkundig (§§ 261, 264) oder endlich, weil nicht ausdrücklich bestritten, als zugestanden anzusehen seien (§ 129) Alle anderen Thatbestandsmerkmale müssen also bewiesen werden, soweit sie zum Thatbestand des Rechtssatzes gehören, auf den das Gericht seine Entscheidung aufbauen soll. Bei einem jeden Rechtssatze unterscheiden wir aber rechtserzeugende, rechts-

hindernde und rechtsaufhebende Umstände; jeder dieser Umstände ist rechtserheblich und vom rein privatrechtlichen Standpunkte aus müsste Kläger nicht nur die rechtserzeugenden Umstände, sondern auch die Abwesenheit aller rechtshindernden, rechtshemmenden und rechtsaufhebenden Umstände darthun. Mit diesem Verlangen wäre aber, wie offen zu Tage liegt, der vom Staate verheissene Rechtsschutz illusorisch gemacht. In den meisten Fällen ist dieser Nachweis dem Kläger unmöglich und die Antwort des Gerichts wäre ein „non liquet". Hier hat der Gesetzgeber durch das Verhandlungsprinzip geholfen, welches einem jeden Rechtsstreit die Möglichkeit der Erledigung sichert: Alles, was nicht behauptet und bewiesen ist oder als bewiesen nach Prozessrecht gilt, ist nicht vorhanden. Demnach braucht Kläger nur einen rechtserzeugenden Thatbestand darzuthun; denn werden keine rechtshindernden und rechtsvernichtenden oder rechtshemmenden Thatsachen vorgebracht, so ist dergleichen für den Prozess auch nicht vorhanden. Quod non in actis, non est in mundo. Sollen diese Thatsachen prozesserheblich werden, so sind sie von dem Beklagten vorzubringen und, wenn nötig, zu beweisen. Dies sind die prozessualen Grundsätze der Beweislast, wovon die im Privatrecht zu beantwortende Vorfrage wohl zu unterscheiden ist, ob eine Thatsache im konkreten Falle Entstehungsthatsache ist, oder ob sie zu den rechtshindernden, rechtsvernichtenden oder rechtshemmenden Thatsachen gehört. Dies ist die Frage der Rechtserheblichkeit, jene andere die der Prozesserheblichkeit. Zwar spricht man auch im Civilrecht von „beweisen"; dies ist dieselbe Metonymie, wie wenn man z. B. bei der Darlehnsklage, wenn der Beweis der Darlehnshingabe nicht geführt ist, sagt, sie würde um deswillen abgewiesen, weil den Kläger in Ansehung jener Thatsache die Beweislast treffe; nein, die Klage wird abgewiesen, weil das Klagefundament fehlt und deshalb trifft den Kläger in Ansehung der Darlehnshingabe die Beweislast. Ich ziehe den Schluss, indem ich mich dem Satze aus Struckmann und Koch zu § 323/324 anschliesse:

> Der Grundsatz der Beweislast ist prozessual, wenn auch das materielle Recht für die Anwen-

dung des Grundsatzes auf das konkrete Rechtsverhältnis die Norm giebt.

Die Juristen sind kaum über etwas so uneins, als über den Charakter der Beweislast. Der Grund für diese Verschiedenheit der Auffassung ist wohl der, dass man, wie Betzinger a. a. O. S. 273 sagt, gar vielfältige und verschiedenartige Dinge unter dem Worte „Beweislast" zusammenzufassen pflegt. Der hier vertretenen Meinung sind insbesondere ausser den zum Text mehrfach erwähnten Kohler (Gruchot 31 S. 306 ff), Menger (a. a O. S. 154 ff.), Wendt a. a. O. S. 288), Seuffert (zu §§ 255/256).

Materiellrechtlich wird die Beweislast aufgefasst von Hellmann (a. O. S 32 ff.) sowie vom Reichsgericht E. VI S 413,[1]) sowie IX S. 339. In der letzgenannten Entscheidung führt das Reichsgericht aus: „Die Frage der Beweislast, welche gleichbedeutend ist mit der Behauptungslast, gehört dem materiellen Rechte an . . . die Lehre von der Behauptungs- und Beweislast wird beherrscht von dem Grundsatze:

„dass derjenige, welcher einen Anspruch geltend macht, die den Anspruch begründenden Thatsachen, und derjenige, welcher die Aufhebung eines Anspruchs seines Gegners geltend macht, die den Anspruch aufhebenden Thatsachen zu behaupten und zu beweisen hat. Die prozessuale Parteirolle ist für die Verteilung der Beweislast ohne Bedeutung".[2])

Ist nicht schon grade der Grundsatz, dass die Beweislast überhaupt verteilt wird, ein Grundprinzip des Civilprozesses, im scharfen Gegensatz zur Offizialmaxime des Strafprozesses?

[1]) „Die Grundsätze der Beweislast gehören nicht dem Prozessrecht an, sondern sind identisch mit den Normen des (das streitige Rechtsverhältnis beherrschenden) materiellen objektiven Rechts, betrachtet als Massstab für die Wesentlichkeit der Klarlegung eines (behaupteten, prozessual rechtzeitig bestrittenen) Thatbestandes zum Durchdringen der behauptenden Partei mit einem Behelfe."

[2]) Hierzu vgl. die abweichende Entscheidung vom 24./V. 82, E. VII Nr. 16 S. 47, wo das Reichsgericht sagt: „Die civilprozessuale Beweislast lässt sich gar nicht abstrakt (abgesehen von der prozessualen Parteistellung und dem Verhältnis der rechtlich relevanten Thatsachen zum Ziel des Prozesses) bestimmen."

Das Prinzip der relativen Wahrheit, das an den mangelnden Beweis sich knüpfende Präjudiz sind doch im Verhandlungsprinzip begründete Eigentümlichkeiten des Civilprozesses! Das materielle Recht bestimmt durch Aufstellung der einzelnen Rechtssätze mittelbar, was Klagegrund, was Einrede-, Reglik-, Duplikthatsache ist. Dass aber diese Thatsachen, wenn bestritten und nicht gerichtskundig, bewiesen werden müssen, und dass der Beweismangel des Klagegrunds dem Kläger, der der Einrede dem Beklagten, der der Replik wieder jenem und der der Duplik wieder diesem zum Nachteil gereicht, ist prozessual.

Blicken wir zurück auf die Frage, von der wir ausgingen; in dem angeführten Beispiele ist nach Ansicht des Berufungsrichters die Behauptung des Beklagten, der Vertrag sei suspensiv bedingt, keine Einrede, sondern negative Litiskontestation. Können sich nun doch die Parteien dahin einigen, dass trotzdem Beklagter die Nichtexistenz der Bedingung zu beweisen habe? Ich antworte: Nein; dies wäre jenen Prozessgrundsätzen über die Verteilung der Beweislast zuwider, und die Parteien können jene Grundsätze nicht umkehren Prozessrecht ist öffentliches, absolutes Recht, für das der römische Fundamentalsatz gilt: ius publicum privatorum pactis mutari non potest. Allerdings enthält die C.-P.-O. zahlreiche Rechtsregeln, welche der Normierung durch die Parteien weiten Spielraum lassen; es sind dies die vielen Bestimmungen, die man unter dem Namen „Dispositives Civilprozessrecht" zusammenzufassen pflegt, z. B. die Bestimmungen über das forum prorogatum, den iudex suspectus, Klageänderung, Beeidigung von Zeugen Aber was „dispositiv" ist, bestimmt das Gesetz selbst, sodass die dispositiven Bestimmungen den Rechtssubjekten nicht die Erlaubnis zu einer mutatio iuris, „sondern vielmehr die rechtliche Macht zur eigenen Rechtsbestimmung namens und kraft der Rechtsordnung geben."[1])

Über die Beweislast enthält die C.-P.-O. ausdrückliche dispositive Bestimmungen nicht; es würden diese auch mit

[1]) s. Bülow Archiv f. civ. Praxis 64 S. 45 f.

dem von der C.-P.-O. befolgten System der Beweisverbindung, welches den formellen Unterschied von Beweisführung und Gegenbeweisführung nicht kennt, unvereinbar sein. Nach diesem System kommt die Frage nach der Verteilung der Beweislast überhaupt regelmässig nur dann in Betracht, wenn entweder nichts bewiesen ist, oder wenn es sich um einen zugeschobenen Eid handelt, da wegen der gesetzlichen Beweisregel naturgemäss nur eine Partei zum Eid zugelassen werden kann, und die Eideszuschiebung nach § 416 C.-P.-O. von der beweispflichtigen Partei auszugehen hat. Allenfalls könnten daher in den, den zugeschobenen Eid betreffenden dispositiven Bestimmungen wegen der gesetzlichen Beweisregel implicite dispositive Bestimmungen über die Verteilung der Beweislast enthalten sein. Hier kommt zunächst § 415 in Betracht. Er gestattet den Parteien eine Vereinbarung dahin, dass die in den §§ 410, 413, 414 enthaltenen Beschränkungen für die Zuschiebung oder Zurückschiebung des Eides nicht zur Anwendung kommen sollen. Dies bedeutet zugleich, dass die übrigen Beschränkungen der Eideszuschiebung der freien Disposition der Parteien nicht unterliegen. Hierhin gehört ausser den §§ 411, 418, 419 auch § 412: „Eine nicht beweispflichtige Partei übernimmt durch Eideszuschiebung nicht die Beweispflicht". Dieser Paragraph ist eigentlich selbstverständlich; denn, wie überhaupt eine Partei, welche nach dem Grundsatz des § 255 für ihre Behauptungen den Beweis antritt, damit nicht die Beweispflicht übernimmt, so auch bei dem Beweismittel des Eides. Die Veranlassung, dies bei dem Eide besonders hervorzuheben, liegt m. E. nur darin, dass wegen der gesetzlichen Beweisregeln nur eine Partei zum Eide zugelassen werden darf, an und für sich aber auch die Eidesleistung der beweispflichtigen Partei nach § 428 vollen Beweis der beschworenen Thatsache erbringt. § 412 macht es daher dem Richter zur besonderen Pflicht, vor Zulassung des Eidesbeweismittels die Frage nach der Beweispflicht zu prüfen und die Eideszuschiebung der nicht beweispflichtigen Partei nicht zu berücksichtigen. So bildet § 412 gleichsam ein Gegengewicht gegen die in den §§ 255, 417, 420 statuierte Erklärungspflicht; durch die

Eideszuschiebung und Annahme sollen aber die Regeln über die Verteilung der Beweislast und die daraus herfliessenden Folgesätze nicht verändert werden. Dies ist m. E. der einzige Zweck des § 412, und es geht nicht an, diesen extensiv ex argumento a contrario dahin zu interpretieren, dass eine nicht beweispflichtige Partei durch Eideszuschiebung die Beweispflicht etwa ausdrücklich übernehmen könne. Diese Unmöglichkeit bei den Bestimmungen über den Eid besonders auszusprechen, lag für den Gesetzgeber, der auf die Regelung der Beweislast im einzelnen gänzlich verzichtet hat, keine Veranlassung vor. Umgekehrt aber hätte er leicht durch Einfügung des § 412 in den § 415 dem übereinstimmenden Parteiwillen die Kraft verleihen können, die Beweislast eigenmächtig zu regeln; dass er es nicht gethan, ist ein Grund mit für die Unmöglichkeit einer Beweislastübernahme. Ich gestehe zu, dass die Motive für die hier vertretene Meinung nicht sprechen, wenn sie S. 278 sagen: „eine Partei könne den Eid unter der Bedingung zuschieben, dass ihr die Beweislast obliege, und es sei diese Absicht, die Eideszuschiebung von dieser Bedingung abhängig machen zu wollen, zu vermuten." Allerdings ist die Beweislast eine Bedingung, aber ein condicio iuris; denn was die Zulässigkeit des Eides anlangt, so ist es noch die Frage, ob der Zuschiebende nach Ansicht des Gerichts auch der Beweispflichtige ist. Ist er es nicht, so ist der Eid überflüssig und zwecklos und testium superfluam multitudinem refrenando.[1]) So auch Plank a. a. O. S. 294.

> „Ein, die Zulassung der Eideszuschiebung rechtfertigendes Bedürfnis liegt nur vor, wenn sie von der beweispflichtigen Partei ausgeht. Die Eideszuschiebung des Gegners verdient, weil überflüssig und unerheblich, für die Entscheidung des Rechtsstreits keine Berücksichtigung. Die C.-P.-O. drückt den Gedanken aus durch den Satz: eine nicht beweispflichtige Partei übernimmt durch die Eideszuschiebung nicht die Beweispflicht, d. h. sie will sie nicht, sie kann sie nicht übernehmen;

[1]) s. Trutter „prozessuale Rechtsgeschäfte" S. 341, sowie Trutter „Schiedseid" etc. S. 26.

anders ausgedrückt: die Regeln über Verteilung der Beweislast und die daraus herfliessenden Folgesätze werden durch die Eideszuschiebung nicht verändert".

Bolgiano (in Busch Ztschft. 17 S. 337) erklärt aus einem anderen Grunde die Eideszuschiebung der nicht beweispflichtigen Partei für unzulässig, und zwar aus § 411 C.-P.-O., er ist der Ansicht, dass das Gericht das Gegenteil einer nicht bewiesenen Klage für „erwiesen" erachten müsse. Auch Fitting (Grundlagen a. a. O. S. 16/17) ist der Ansicht, dass unter dem „nicht wahr" des § 259 das Positive zu verstehen sei, und beruft sich dafür noch insbesondere auf die Fassung des § 437, dessen Fassung — „Wahrheit oder Unwahrheit" — keinen Zweifel gestatte, dass in § 259 „nicht wahr" soviel wie „unwahr" bedeute. Diese Auffassung ist, glaube ich, unrichtig; ihre Unhaltbarkeit ergiebt schon der blosse Hinweis auf einen späteren Prozess unter denselben Parteien; so Bähr (die Grenzen der freien Beweistheorie S. 1 ff). Es ist zuzugeben, dass im § 437 die Bezeichnung „Nicht-Wahrheit" logischer wäre; die andere Fassung ist aber m. E. nur eine sprachliche Rücksichtnahme, womit der Gesetzgeber nur die negative mangelnde Überzeugung von der Wahrheit hat ausdrücken wollen.

Und ebensowenig wie § 415 gestattet auch § 426 den Parteien eine Disposition über die Beweislast. Das Einverständnis der Parteien über die Erheblichkeit und die Norm des Eides bedingt, wie oben ausgeführt, allerdings auch Einverständnis über die Person des Schwurpflichtigen, d. i. das Nichtbeweispflichtigen, aber nicht in dem Sinne, dass es der Willkür der Parteien überlassen wäre, die Person des Schwurpflichtigen zu vereinbaren. § 426 giebt den Parteien überhaupt keine Befugnis; es heisst dort nicht: „Haben sich die Parteien über die Erheblichkeit und die Norm des Eides geeinigt". Worüber sich die Parteien einigen können, sagt § 415. § 426 giebt lediglich dem Richter eine Befugnis, und dazu ist das Einverständnis der Parteien nicht der Grund, sondern nur die Voraussetzung. Der Umfang des Einverständnisses aus § 426 darf daher sicherlich nicht über 415 ausgedehnt werden, und da dieser den § 412 nicht

berührt, so ist auch die Parteidisposition aus § 426 auf die §§ 410, 413, 414 beschränkt.[1])

Die hier vertretene Auslegung des § 412 ist unter den Juristen zwar streitig. Betzinger — a a. O. S. 366 unter f — sagt: „dem Erfolge nach können auch die in den §§ 415, 426 C.-P.-O. vorgesehenen prozessualen Vereinbarungen eine Verschiebung der Beweislast bewirken"; bezüglich der rechtlichen Konstruktion dieser Vereinbarungen begnügt er sich, auf die Kommentare zu verweisen. Die Kommentare sind nun aber, soweit sie überhaupt näher auf diese Frage eingehen, teilweise der hier vertretenen, entgegengesetzten Meinung, so Gaupp zu § 412; teilweise halten sie eine Übernahme der Beweislast für möglich, ohne dies jedoch näher zu begründen, so Petersen zu § 412: „Wenn die Partei, welche den Eid zuschiebt, die Beweislast ausdrücklich übernimmt, so findet § 412 natürlich (!) keine Anwendung". Ebensowenig geben zumeist die Theoretiker, die eine Übernahme der Beweislast für möglich halten, dafür eine nähere Begründung, so Bolgiano a. a. O. S. 339, Hoffmann a a. O. S. 187 f, begründet jene Möglichkeit mit dem Dispositionsrecht der Parteien: „Denn wollte man selbst ein Paktieren über die Beweislast nicht als zulässig erklären, so enthält doch das Dispositionsrecht der Parteien über den Prozessgegenstand zum mindesten die Befugnis, die Frage der Beweispflicht bezüglich einer streitigen Thatsache einmal ganz bei Seite zu stellen". Ihm ist zu erwidern, dass das Dispositionsprinzip den Civilprozess beherrscht nur deshalb, weil und nur soweit, als der Gegenstand desselben auch ausserhalb des Prozesses unter der Parteidisposition steht. Bezüglich der Prozesssache aber wird das Dispositionsrecht der Parteien durch die Prozessordnung begrenzt. Die Prozessordnung bindet aber den Richter selbst da nicht, wo sie

[1]) Nur soweit tritt durch den Eidesbeschluss eine „Bindung der Parteien" ein, von der das Oberlandesgericht Jena in einem Urteil vom 4. November 1886 spricht; s. Seuff. Archiv 43 No. 239; darüber hinaus ist jede Parteivereinbarung bedeutungslos, und ebensowenig, wie durch das Einverständnis des § 426 ein Rechtseid unanfechtbar würde, kann durch dasselbe eine wirksame Beweislastübernahme begründet werden.

nach gewisser Richtung eine Parteivereinbarung überhaupt zulässt.[1]) Daher auch das „kann“ in den §§ 415 und 426 („das Gericht kann anordnen ...“, „so kann angeordnet werden“). Das so gewahrte freie Prozessleitungsrecht des Gerichts ist ein Fundamentalsatz unserer Prozessordnung, und eine wirksame, den Richter bindende Vereinbarung der Parteien über die Beweislast ist damit unvereinbar. Man wende nicht ein, so wolle es die Verhandlungsmaxime; diese verbietet nur die Offizialbeschaffung von Prozessstoff und Beweisgründen. Die Verhandlungsmaxime aber findet ihre Schranke an den Vorschriften, welche den Gang des Prozessverfahrens zu regeln bestimmt sind; und soweit diese nicht dispositiv sind, sind sie zwingend und eine Schranke individueller Willkür. Die Anordnung der Beweisaufnahme, die Entscheidung, über welche Thatsachen Beweis zu erheben ist, die Formulierung des Beweisbeschlusses, wie auch die des Eidesthemas insbesondere, das ist der Parteivereinbarung entzogene richterliche Befugnis. Es giebt keinen „Konventionalprozess“. Sowie Parteien zur Entscheidung ihres Rechtsstreits den Richter anrufen, stellen sie sich unter die öffentlich-rechtlichen Normen der C.-P.-O., welche „keine administrative Geschäftsordnung“, sondern ein den übrigen ebenbürtiger Teil des öffentlichen Rechts ist.[2]) Soweit diese nicht den Parteien selbst die Bestimmung des Prozesswegs ausdrücklich überlässt, sind die einzelnen Stationen desselben unabänderlich festgelegt; ein Beweislastvertrag aber würde den Prozess in ganz andere Bahnen lenken und seinen gesetzmässigen Weg versperren.

---

[1]) Eine Ausnahme, wo die Prozessordnung den Richter an die Parteivereinbarung gebunden hat, ist in § 369 Abs. 4 enthalten: „Einigen sich die Parteien über bestimmte Personen als Sachverständige, so hat das Gericht dieser Einigung Folge zu geben.“

[2]) S. Bülow riv. Archiv 64, sowie Wach daselbst S. 219 ff.: „Ein Paktieren über die Beweislast wäre ein Paktieren über die Prozessregeln. Ein solches ist unzulässig. Es giebt keinen Konventionalprozess, d. h. die Prozessordnung duldet keine sie abändernde Ordnung durch Parteiwillen. Es können nicht dem individuellen Belieben Mittel und Grenzen der staatlichen Funktion, welche wir Rechtspflege nennen, überlassen sein.“

Gegenüber einer Parteibehauptung giebt es nach der C.-P.-O. nur entweder „bestreiten“ oder „zugestehen“, sowie „anerkennen“ oder „nicht bestreiten“. Gesteht Beklagter zu, so entbindet nicht er, sondern die C.-P.-O. den Gegner von der Beweislast: zugestandene Behauptungen bedürfen keines Beweises. Bestreitet Beklagter, so fordert die C.-P.-O. den Beweis seitens des Behauptenden, ohne dass Beklagter darauf einen Einfluss ausüben könnte, ausser mittelbar durch „zugestehn“. Ein drittes giebt es in der C.-P.-O. nicht. Tritt dann Kläger trotz des Bestreitens der Gegenseite einen Beweis nicht an, so ist er beweisfällig: actore non probante reus absolvitur; die nicht bewiesene Klage ist zur Endentscheidung reif und Kläger von dem Richter gemäss § 272 C.-P.-O. abzuweisen, soweit nicht etwa die §§ 135, 260, 437 C.-P.-O. eine andere Prozessstation zulassen. Ein drittes giebt es nach der C.-P.-O. wiederum nicht. Wird Beweis angetreten, und der Richter hält ihn für wesentlich, so lässt er ihn zu. Das Ergebnis der Beweisaufnahme unterliegt der alleinigen Beurteilung des Richters; hält dieser die Klage für bewiesen, so spricht er zu, andernfalls weist er ab, und wiederum ist hierhin dem Einfluss der Parteien durch die C.-P.-O. kein Weg geöffnet. Wollen die Parteien diese notwendige, unabänderliche Prozessfolge nicht, so bleibt ihnen nichts anderes übrig, als den von der C.-P.-O. hierfür vorgesehenen Vergleichsweg oder den Weg des schiedsrichterlichen Verfahrens einzuschlagen; damit müssen sie aber den Prozessweg verlassen.

Bülow a. a. O. S. 1 ff. nennt dieses durch den Prozessbeginn begründete Verhältnis passend die civilprozessualische Rechtsverbindlichkeit und Rechtsgebundenheit.

Ein Beweislastvertrag wäre diesen Prozessvorschriften schnurstracks zuwider. Nach dem System der Beweisverbindung muss für die Behauptung, wie für die Gegenbehauptung der Beweis von der Partei von vornherein angetreten werden. Wenn nun auch die Motive S. 197 sagen, dass eine Beweisführung der nicht beweispflichtigen Partei nicht ausgeschlossen sei, wenn auch die beweispflichtige Partei Beweis nicht angetreten habe, so sagen sie S. 203: „In einem durch den Grund-

satz der Beweisverbindung beherrschten Verfahren sagt das Gesetz, nicht das Gericht den Parteien — (und sicherlich nicht die Parteien dem Gericht) — was zu beweisen sei, und wer zu beweisen habe . . . . Das Gericht hat daher nur zu prüfen, ob in betreff der erheblichen, streitigen Thatsachen Beweis angetreten sei, eine Prüfung, welche es, wenn die Antretung des Beweises nur von einer Partei erfolgt ist, auch auf die Frage erstrecken kann, ob die beweispflichtige Partei den Beweis angetreten habe. Überzeugt es sich, dass in betreff der erheblichen, streitigen Thatsachen kein Beweis — oder dass kein Beweis von der beweispflichtigen Partei angetreten ist, so erlässt es das Urteil." Falsch ist m. E. nur das Wörtchen „kann" statt „muss": nicht nur dass eine Partei durch Beweisantretung die Beweislast nicht übernimmt, die Beweisaufnahme wäre auch für den Fall, dass sie ihr beabsichtigtes Resultat ergäbe, zwecklos — denn das Urteil würde sich nicht darauf gründen, dass dieser Gegenbeweis erbracht, sondern darauf, dass der Hauptbeweis nicht erbracht ist — und falls sie wider Erwarten den Hauptbeweis ergäbe, ungerecht.[1]) In letzterem Falle ist allerdings der Beweis der Klage erbracht, da nach dem Grundsatz der Beweisverbindung das Resultat des erhobenen Beweises gezogen wird, und es dann gleichgültig ist, welche Partei den Beweis angetreten hat. Hätte aber der von dem nicht beweispflichtigen Beklagten angetretene und erhobene Beweis den Hauptbeweis nicht ergeben, so würde ein wirksamer Beweislastvertrag den Beklagten beweis- und sachfällig machen, und der Richter müsste die unbewiesene Klage zusprechen. Das wäre ein mit § 159 C.-P.-O. unvereinbarer Eingriff in die freie Überzeugung des Richters; denn durch die Umkehrung der Beweiskraft würden die Parteien den Richter zwingen, eine Thatsache, obgleich sie bestritten ist, bis zum Beweise des Gegenteils für wahr zu halten, und das wäre ein Eingriff in die heiligste Richterpflicht der freien Überzeugung.

[1]) So übereinstimmend Plank a. a. O. II S. 174, Bolgiano a. a. O. S. 337, Seuffert zu § 255/256 Anmerkung 3, Struckmann und Koch zu § 255 Anmerkung 4.

Wie der Richter das Gesetz interpretiert, so interpretiert er den der Klage zu Grunde liegenden Vertrag; er beurteilt, welche Thatsachen als wesentliche und bestrittene des Beweises bedürfen, und wenn Wesentliches unbewiesen bleibt, so spricht er im Urteil nach seiner freien, nur dem Gesetz unterworfenen, aus dem Gesamtergebnis der Prozessverhandlungen geschöpften Überzeugung aus, welche Partei der Nachteil trifft und zwar auf Grund der prozessualen Beweislastgesetze.[1])

Ein Beweislastvertrag ist hiermit unvereinbar; der Richter würde in der Benutzung der von der C.-P.-O. ihm frei zur Verfügung gestellten Beweismittel: Augenschein, Sachverständige und Eid, beschränkt; und, wie ein germanischer Schöffe müsste er als Urteilsgrund etwa angeben, dass es dem Beklagten, der die Beweislast übernommen habe, nicht gelungen sei, sich von dem Klagevorwurf zu reinigen!

Der Richter, welcher so urteilte, handelte gesetzwidrig, die Partei, welche so prozedierte, widersinnig und unvernünftig. Letztere verpflichtet sich durch Übernahme der Beweislast, eine Klage unbewiesen anzunehmen; sie bestreitet sie aber dennoch und will das Gegenteil beweisen: Das wäre gleichzeitiges Zugestehn und Bestreiten![2]) Abgesehen von diesem

[1]) s. Kohler, Gruchot XXXI S. 356, sowie Wetzell a. a. O. S. 524 ff.

„Die Beurteilung der Thatsachen d. i. die Bestimmung der juristischen Bedeutung, welche den Thatsachen für das unter den Parteien streitige Rechtsverhältnis zukommt, ist ausschliesslich officium des Richters — Anders das O.-L.-G. Naumburg, Urt. v. 21./III. 85, bei Bolze 1 Nr. 1882: „Das Berufungsgericht entnimmt den Erklärungen der Parteien in diesem Prozesse, dass sie ihre gegenseitigen Ansprüche, wie sie in der Klage und Widerklage geltend gemacht sind, so beurteilt wissen wollen, als sei der Kaufvertrag nicht abgeschlossen oder wieder aufgehoben. Dass solche Einigung rechtlich wirksam getroffen werden konnte, dass die prozessualen Erklärungen, in denen sie niedergelegt wurde, dispositiven Charakter haben und dass sie dem Richter für sein Urteil eine bindende Basis geben, ohne Rücksicht darauf, ob die Einigung in verpflichtender Form getroffen und ob der Kaufvertrag kassiert worden oder nicht, das alles ist nicht zweifelhaft.“ Ich glaube nicht, dass das Dispositionsrecht der Parteien dahin ausgedehnt werden kann, dass diese, soweit sie ein Urteil verlangen, eine ganz beliebige Urteilsgrundlage unterschieben dürfen; so auch Kleinfeller a. a. O. S. 102.

[2]) s. Wach „Geständnis“ S. 218 f.

Widersinn wäre ein Beweislastvertrag auch unvernünftig. Ein Prozess setzt kämpfende Parteien voraus; jede will den Sieg. Der Beklagte befindet sich als Verteidiger in befestigter Stellung, aus welcher er durch den Kläger erst vertrieben werden muss. Diese befestigte Stellung freiwillig aufgeben und den Gegner in sie hineinlassen — das wäre der Inhalt eines Beweislastvertrags —, ist dem auch im Prozesskampf natürlichen Selbsterhaltungstrieb zuwider. Allenfalls könnte man als Grund vielleicht die Furcht vor dem Eidesangriff des Klägers annehmen für den Fall, dass Beklagter in seinem Bestreiten nicht ganz sicher oder zu skrupulös ist und nicht schwören will. Dafür aber giebt die C.-P.-O. den Ausweg der Eideszurückschiebung, ohne dass eine Beweislastverschiebung nötig wäre.

Als solche Eideszurückschiebung will Plank die Eideszuschiebung an den Beweispflichtigen ohne Weiteres bei ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis der Parteien auffassen; er sagt a. a. O. S. 296

> „Denn wenn auch die Parteien die Beweislastregeln durch Übereinkunft nicht ändern können, so lässt sich doch eine solche Erklärung — wenn nämlich der Gegner mit der Ausschwörung sich einverstanden erklärt — dahin auslegen, dass im Einverständnis mit dem Beweispflichtigen, die Zurückschiebung als Zuschiebung des Beweispflichtigen behandelt werden solle, womit dann genau das eintritt, was eintreten würde, wenn der Beweispflichtige nachträglich, was ihm ja immer freisteht, die Eideszuschiebung zur Hand genommen hätte. Aber die Erklärung versteht sich nicht von selbst, und wenn sie nicht ausdrücklich oder stillschweigend erfolgt oder wegen unterlassener rechtzeitiger Rüge als erfolgt anzunehmen ist, so ist die Eideszuschiebung ausser Ansatz zu lassen, und die demnach etwa angeordnete Eidesleistung ungerechtfertigt und folglich unwirksam in ihren Konsequenzen."

Selbstverständlich scheidet hier zunächst der Fall ganz aus, wenn beide Parteien gegenseitig den Eid zugeschoben und angenommen haben; hier kann schon wegen der beiderseitigen Annahme die Eidesleistung nicht als Leistung eines

zurückgeschobenen Eides aufgefasst werden und deshalb gerechtfertigt erscheinen. Aber auch wenn der Eid nur von einer Seite zugeschoben ist, kann das stillschweigende oder auch ausdrückliche Einverständnis zur Ausschwörung nicht soweit ausgelegt werden.

Zunächst glaube ich mit Hoffmann a. a. O. S. 185, dass, wie die Zuschiebung, so auch die Zurückschiebung des Eides stets eine förmliche sein muss; aber selbst wenn auch dies nicht erforderlich wäre, so könnte auch hier, wie oben ausgeführt, von dem Erfordernis rechtzeitiger Rüge aus § 267 keine Rede sein, da es sich um einen reinen Verfahrensmangel überhaupt nicht handelt. Und ob das blosse Stillschweigen als konkludente Handlung für die Zurückschiebung des Eides aufgefasst werden darf, das ist eine nach den Umständen zu beantwortende Frage, die m. E. regelmässig zu verneinen ist. In der ausdrücklichen, wie stillschweigenden Einverständniserklärung über Norm und Erheblichkeit kann ebensowenig eine Uebernahme der Beweislast wie, diese Möglichkeit überhaupt vorausgesetzt, eine stillschweigende Zurückschiebung erblickt werden Eine nicht beweispflichtige Partei, die sich mit dem Eide des Gegners einverstanden erklärt, thut dies entweder, weil sie sich irriger Weise für beweispflichtig hält, oder, wenn sie sich nicht für beweispflichtig hält, weil sie sich dem Ausspruch des Richters fügt, der ja beim bedingten Endurteil, wie beim Eidesbeschluss von Amtswegen die Beweislast zu prüfen hat. Es würde dem Billigkeits- und Rechtsgefühl widersprechen, wollte man in dem blossen Einverständnis zum Beschlusseide oder gar in der Unterlassung des Widerspruchs gegen denselben eine Übernahme der Beweislast oder eine Zurückschiebung des Eides erblicken. Die nicht beweispflichtige Partei, die überhaupt nur vorsorglicher Weise den Eid zugeschoben hat, wäre dann in ihrem Prozess wider ihren Willen allein von dem eigenen Eide des Gegners abhängig gemacht und zwar endgültig Das Prozessgrundrecht der Berufung wäre ihr entzogen durch einen Prozessfehler des Unterrichters, welcher die Beweispflicht verkannt hat; denn bei wirksamer Übernahme der Beweislast oder bei angenommener Zurückschiebung

seitens des nicht Beweispflichtigen ist eine Berufung, welche die falsch verteilte Beweislast richtig stellen und demnach den Eid verschieben könnte, nicht mehr möglich. Es wäre auch ungerecht. Wie oben schon erwähnt, ist, wenn es sich um das Beweismittel des zugeschobenen Eides handelt, stets eine vorgängige Prüfung der Beweislast erforderlich, und ergiebt diese Prüfung, dass die Zuschiebung nur von der nicht beweispflichtigen Partei ausgegangen ist, so fällt die oben erwähnte condicio iuris aus; es ist dann überhaupt kein Beweis angetreten und zu Ungunsten des Beweispflichtigen zu entscheiden.

Ich ziehe das Ergebnis meiner Ausführungen, indem ich den Satz aufstelle:

Nach den Vorschriften der Civilprozessordnung können die Parteien über die Verteilung der Beweislast wirksam sich nicht einigen und bezüglich des Beschlusseides behaupte ich insbesondere:

Es macht die Verteilung der Beweislast betreffend keinen Unterschied, wenn gelegentlich des Erlasses des Beweisbeschlusses auf Befragen des Gerichts die Parteien die Erklärung abgegeben haben, dass sie über Norm und Erheblichkeit des Eides einverstanden seien.

In meinem oben gewählten Beispiele ist der Beweisbeschluss, durch welchen die Leistung des Eides angeordnet worden ist, vom Standpunkte des Berufungsgerichts i. S. des § 495 Abs. 2 ungerechtfertigt; demzufolge verliert die Leistung des Eides ihre Wirksamkeit. Der Beweis für die Unbedingtheit des Vertrags ist nicht erbracht, und das Berufungsgericht hat, da andere Beweismittel nicht geltend gemacht sind, die Leistung des vom Kläger zugeschobenen und vom Beklagten angenommenen Eides über die Bedingtheit des Vertrags durch bedingtes Endurteil anzuordnen.

Vgl. hierzu Urteile des Reichsgerichts vom 14. Dezember 1886 — XVII No. 81 S. 334 ff.[1]) — sowie vom 24. April 1883 IX No. 99 S 343.

[1]) „. . . . Der Berufungsrichter konnte demnach den bereits geleisteten Eid, durch welchen die an und für sich erhebliche Thatsache, dass die von R an P gezahlten Gelder nicht auf andere Forderungen der Eheleute

Ist ein Paktieren über die Beweislast im Prozess unwirksam, so kann es auch ausserhalb desselben keine Stelle finden; nicht die dem öffentlichen Interesse fremde Civilsache, sondern die Prozesssache würde davon betroffen, indem lediglich Prozesshandlungen ausserhalb des Prozesses vorgenommen würden.[1]) Nur scheinbare Ausnahmen von diesem hier vertretenen Grundsatz bilden die sogenannten „Beweisverträge", wohl zu unterscheiden von den ungültigen „Beweislastverträgen". Nach unserer Meinung ist die Beweislast ihrer Natur nach der unmittelbaren und selbständigen rechtlichen Regelung unfähig; sie ist die praktische prozessuale Folge aus materiell rechtlichen Thatbeständen. Ist ein prozessuales abstraktes Paktieren über die Beweislast daher begrifflich ausgeschlossen, so ist andererseits einleuchtend, dass sie als Folge der materiellrechtlichen Thatbestände von der verschiedenartigen Regelung dieser durch civilrechtliche Parteidisposition abhängig und daher so indirekt verschiebbar ist. Beispiel: Der Verkäufer, welcher den Vorbehalt des Wiederkaufs geltend macht, muss ausser Anderem dem Käufer auch die notwendigen Ausbesserungen erstatten. Im Prozess des Käufers A gegen den Verkäufer B auf Erstattung der notwendigen Auslagen hat A für die Notwendigkeit der Auslagen die Beweispflicht. Diesen Thatbestand können die Parteien anders gestalten, indem sie im Kaufvertrag vereinbaren, dass im Falle des Wiederkaufs eine jede Ausbesserung an dem verkauften Gegenstande vorbe-

---

P an M K verrechnet worden seien, in Gewissheit gesetzt wurde, nicht deshalb ohne weiteres für bedeutungslos erklären; vielmehr musste er nach § 495 Abs. 2 davon ausgehen, dass der in erster Instanz geleistete Eid seine Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz behält, wenn die Entscheidung, durch welche die Leistung des Eides angeordnet ist, von dem Berufungsgerichte für gerechtfertigt erachtet wird. In dieser Hinsicht hat nun aber der Berufungsrichter in den Gründen seines Urteils zugleich zutreffend ausgeführt, dass die Beweislast in Bezug auf die beschworene Thatsache die Kläger, und nicht die Beklagte, welche den Eid zugeschoben hat, treffe . . . Der Eid war also in der That mit Rücksicht hierauf bedeutungslos, weil es lediglich auf den von den Klägern zu führenden Beweis ankommen konnte."

[1]) s. Kohler, Gruchot XXXI S. 277 ff. Wach Geständnis S. 219 f. Bülow a. a. O.

haltlich des Gegenbeweises als notwendig angesehen werden solle. Trotz dieser Beweisbestimmung ist der Vertrag rein civilrechtlich des Inhalts, dass Verkäufer im Falle des Wiederkaufs für jede Ausbesserung ersatzpflichtig sein, und dass ihn hiervon nur der Nachweis der Nichtnotwendigkeit entbinden solle. Somit wäre im Prozess die Einlassung des Verkäufers B, die Ausbesserungen seien keine notwendigen, nicht negative Litiskontestation, (er giebt ja das Klagefundament, dass überhaupt Ausbesserungen gemacht worden sind, zu), sondern beweisbedürftige Einrede. Die rechtliche Konstruktion ist hier folgende: Zum regelmässigen Thatbestand der Verpflichtung O gehören die Thatbestände A und B; diesen Thatbestand wollen die Parteien dahin ändern, dass schon der Thatumstand A die Verpflichtung O begründen soll, und Thatumstand B soll statt positiv Klagegrund, negativ Einrede sein. Dies drückt man mit Rücksicht auf die Beweislast häufig so aus: wenn der Thatumstand A bewiesen ist, soll bis zum Beweis des Gegenteils das Vorhandensein des Thatumstands B angenommen werden. Wird dieser Vertrag Gegenstand des Prozesses, so liegt dem Richter der regelmässige Thatbestand „A + B = O“ gar nicht vor, vielmehr der durch lex contractus abgeänderte „A = O“.[1]) Dass durch diese Abänderung des Vertragsinhalts nur das der Privatdisposition unterliegende materielle Recht, nicht aber Prozessgrundsätze, insbesondere nicht diejenigen über die Beweislast geändert werden, ist klar; nur das äussere Gewand ist das eines Beweislastvertrags, sein Inhalt aber ist materiellrechtlich. Diese Sprachweise, den Vertragsinhalt durch Bestimmung der Beweisfrage im Prozess auszudrücken, findet sich auch in Gesetztexten [2]) So in Art 423 H. G. B's: „Die im Artikel 422 bezeichneten Eisenbahnen sind nicht befugt, die Anwendung der in den Artikeln 395, 396, 397 enthaltenen Bestimmungen über die

[1]) s. Betzinger a. a. O. S. 361, Kohler, Gruchot XXXI S. 305 ff.

[2]) Vgl. hierzu die Bemerkungen Fischers „die preuss. Grundbuchgesetzgebung“ zu § 37 ff. „Nach einer weit verbreiteten, dem Nichtjuristen kaum verständlichen Anschauungsweise werden die rein privatrechtlichen Wirkungen privatrechtlicher Einrichtungen lediglich von dem einseitigen Standpunkte prozessualischer Geltendmachung aus betrachtet und bezeichnet. Man sagt z. B. nicht: „Ein Vertrag begründet eine Forderung“, sondern „ein Vertrag begründet eine Klage“. Man setzt also statt der Wirkung

Verpflichtung des Frachtführers zum Schadenersatze, sei es in Bezug auf den Eintritt, den Umfang, oder die Dauer der Verpflichtung oder in Bezug auf die Beweislast, zu ihrem Vorteil durch Verträge im Voraus auszuschliessen oder zu beschränken, ausser soweit solches durch die nachfolgenden Artikel zugelassen ist. — Vertragsbestimmungen, welche dieser Vorschrift entgegenstehen, haben keine rechtliche Wirkung.“ Dieser Artikel begrenzt materiellrechtlich den Inhalt des Frachtvertrags der Eisenbahn; sie darf ihre Haftung nicht mehr einschränken, als dies im Handelsgesetzbuch zugelassen ist. Nach Art. 395 haftet der Frachtführer für den Schaden, welcher durch Beschädigung des Frachtguts seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung entstanden ist, sofern er, der Frachtführer, nicht beweist, dass die Beschädigung durch höhere Gewalt oder durch die natürliche Beschaffenheit des Guts entstanden ist. Ist aber das Frachtgut mangelhaft verpackt, so kann die Bahn nach Art. 424 ausbedingen, dass sie für Schaden nicht hafte, ausser wenn die Unmöglichkeit eines Zusammenhangs zwischen der Verpackung und dem Unglücksfall vorliegt. Dies stellt sich dann als dem Befrachter obliegender Einredebeweis dar. Allerdings ist hier im Hinblick auf Art. 395 die Beweislast verschoben; die Beweislastregeln aber bleiben dieselben, nur dass dort Art. 395, hier der von den Parteien gewählte anormale Thatbestand des Art. 424, für deren praktische Anwendung massgebend ist:

„Der Grundsatz der Verteilung der Beweislast ist prozessual, öffentlich rechtlich und daher dem Einfluss der Parteien entzogen, die Anwendung dieses Grundsatzes dagegen auf das konkrete Rechtsverhältnis richtet sich nach dem materiellen Recht, welches regelmässig der Parteidisposition unterliegt.“

---

selbst das Mittel ihrer prozessualischen Geltendmachung. Diese Gepflogenheit, welche dem heute nicht mehr geltenden römischen Aktionenwesen entstammt, ist für das heutige Recht wissenschaftlich und praktisch nicht zu billigen. Sie ist aber von der Redaktion der Grundbuchgesetzgebung adoptiert und so haben insbesondere diese und die folgenden §§ trotz ihres rein privatrechtlichen Inhalts die Fassung von Prozessvorschriften erhalten.“